Sygn. akt: KIO 1144/15
Sygn. akt: KIO 1163/15

WYROK
z dnia 16 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 29.05.2015 r. przez wykonawcę **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław**
B. w dniu 01.06.2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FOOD INVESTMENT S.A, ul. Do Studzienki 34B, 80 – 227 Gdańsk**
w postępowaniu prowadzonym **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85 – 796 Bydgoszcz**

przy udziale:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Sarmacka 14/D-2, 61-616 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1144/15 oraz KIO 1163/15 po stronie zamawiającego,
B. wykonawcy **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1163/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejsze i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o.o.,

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W. oraz Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k.;

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Sarmacka 14/D-2, 61-616 Poznań oraz Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k., ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław** i **FOOD INVESTMENT S.A., ul. Do Studzienki 34B, 80 – 227 Gdańsk** tytułem wpisów od odwołań,
(w sprawie KIO 1144/15)
2.2. zasądza od **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Sarmacka 14/D-2, 61-616 Poznań** na rzecz **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k., ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław** kwotę **19 201 zł 77 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście jeden złotych, siedemdziesiąt siedem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;
2.3. zasądza od **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe**

Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Sarmacka 14/D-2, 61-616 Poznań na rzecz **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85 – 796 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

(w sprawie KIO 1163/15)

2.4. zasądza od **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Sarmacka 14/D-2, 61-616 Poznań** na rzecz **FOOD INVESTMENT S.A., ul. Do Studzienki 34B, 80 – 227 Gdańsk** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.5. zasądza od **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław** na rzecz **FOOD INVESTMENT S.A., ul. Do Studzienki 34B, 80 – 227**

Gdańsk kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.6. zasądza od **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Sarmacka 14/D-2, 61-616 Poznań** na rzecz **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85 – 796 Bydgoszcz** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione
z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.7. zasądza od **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul.** Ślężna **118, 53 – 111 Wrocław** na rzecz **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85 – 796 Bydgoszcz** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1144/15
Sygn. akt: KIO 1163/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywieniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy.” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 249-442155.

Odwołujący Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp.k. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę

wybranego, tj. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe Martina Catering spółka z o.o. i M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe Eksport - Import „Martina" W. M. (w dalszej części „Wykonawca Martina"), mimo, że treść oferty ww. Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ; art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego tj. Wykonawcę Martina - jako zawierającej rażąco niską cenę co do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Martina, mimo że oferta wybranego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę złożonych przez wybranego Wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę, mimo że ww. Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, nie przedstawił wyjaśnień i dowodów, potwierdzających, że oferta wybranego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny do przedmiotu zamówienia, art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Martina, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej

przez Wykonawcę Martina; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania; nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Wyrokiem z dnia 15 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 907/15) Izba nakazała Zamawiającemu uchylenie klauzuli tajności i udostępnienie dokumentów złożonych przez wykonawców: PHU Martina Catering sp. z o.o. oraz Impel Catering Sp. z o.o. sp. k., zawierających wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia i dokumenty dotyczące sposobu kalkulacji ceny zastosowanej przez Wykonawcę Martina nie potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Martina nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Wykonawcę Martina potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż rzeczywisty wpływ wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy jest niższy niż założony przez Wykonawcę Martina, a cena ofertowa Wykonawcy Martina nie uwzględnia wszystkich wymaganych zgodnie z SIWZ kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Martina wyjaśnił, że prawidłowo skalkulował cenę oferty, gdyż „w kalkulacji po stronie przychodowej uwzględniona została nie tylko zapłata za realizację usług ze strony Zamawiającego, ale także zapłata uzyskiwana przez wykonawcę z odrębnego od Zamawiającego źródła, mianowicie konsumentów zewnętrznych dokonujących zakupu posiłków w Cafe Bar Patio i restauracji Fantazja po cenach komercyjnych. Zamawiający w swych odpowiedziach wskazywał także, że dotychczasowy Wykonawca posiada informacje o ilości konsumentów zewnętrznych. Wykonawca do kalkulacji przyjął uśrednioną ilość konsumentów zewnętrznych z uwzględnieniem aktualnego cennika obowiązującego w Cafe Bar Patio i w Restauracji Fantazja. Wykonawca Martina na potwierdzenie, że ww. założenia są prawidłowe przedstawił tabelę zbiorczą wyników z 7 dni pomiarów przeprowadzonych w Restauracji Fantazja i Cafe Bar Patio, dotyczących sprzedanych posiłków (działalność gastronomiczno - handlowa). Podstawą dla ustalenia ilości sprzedanych w ww. Restauracjach posiłków jest obserwacja przeprowadzona przez Wykonawcę Martina w styczniu 2015 r."

W ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienia i dowody nie są informacjami, które potwierdzają, że cena oferty Wykonawcy Martina skalkulowana została prawidłowo. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Martina nieprawidłowo skalkulował swoją cenę ofertową, gdyż opierał się na założeniach, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistych

danych o wielkości sprzedaży na rzecz konsumentów zewnętrznych w Restauracjach Fantazja i Cafe Bar Patio. Zgodnie z informacją uzyskaną na audycie kuchni, dotychczasowy Wykonawca wyjaśnił, iż sprzedaż posiłków śniadaniowych i kolacyjnych odbywa się tylko w dni robocze, tj. od poniedziałku do piątku w Restauracji Fantazja, natomiast w Cafe Bar Patio nie odbywa się tego rodzaju sprzedaż w ogóle. Powyższe potwierdza również, załączone do wyjaśnień Wykonawcy Martina zdjęcie baneru reklamującego usługi w restauracji Fantazja, na którym wskazano, iż w weekendy serwowane są tylko obiady. Natomiast dane wskazane w załączniku nr 1 do wyjaśnień Wykonawcy Martina wskazują sprzedaż przez 7 dni w tygodniu zarówno śniadań, obiadów i kolacji. A zatem dane te, są zdaniem Odwołującego nieprawdziwe i tym samym zawyżone. Wykonawca Martina, co prawda nie wskazał jakich konkretnie dni tygodnia dotyczą pomiary, jednak do wyliczenia szacowanych przychodów miesięcznych przyjął te wartości dla każdego dnia miesiąca. Nie skorygował zmniejszonego przychodu w weekendy.

Rachunek ekonomiczny oferty Wykonawcy Martina jest błędny. Rzeczywiste przychody z wykonania zamówienia, pomniejszone o koszty wykonania zamówienia wynikające z SIWZ i oferty Wykonawcy Martina nie bilansują się. Wykonawca Martina za zaoferowaną cenę musi realizować zamówienie poniżej kosztów wykonania usługi, tj. ze stratą.

Dokonując powyższej analizy, Odwołujący podniósł, że cena oferty Wykonawcy Martina, z uwagi na okoliczność, że obliczona została w oparciu o zawyżone i nierzeczywiste dane o przychodach, a ponadto nie uwzględnia wszystkich kosztów, jest ceną nierealną. Cena ta nie gwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia i na skutek powyższego, jest ceną rażąco niską, której zaoferowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Okoliczność wykonywania działalności komercyjnej jako dodatkowego aspektu realizacji przedmiotowego zamówienia jest jednakowa i znana wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Wykonawca Martina, w ocenie Odwołującego, oparł swoje kalkulacje na własnym sondażu, którego wyniki nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości. Ponadto Wykonawca Martina, jak pokazuje sporządzona przez niego kalkulacja, nie oszacował prawidłowo ryzyka związanego z ewentualnym błędem co do założonej wysokości przychodu. Wykonawca Martina nie stworzył w swojej ofercie cenowej niejako „bufora bezpieczeństwa" pozwalającego prawidłowo realizować usługę na rzecz Zamawiającego przy jednoczesnym, niższym niż zakładany, poziomie przychodów z działalności Restauracji Fantazja i Cafe Bar Patio. Tym samym Wykonawca Martina nie wykazał, że istniejące w postępowaniu, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, wpłynęły na wysokość obliczonej przez niego ceny, w sposób gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego oznacza to że, cena ustalona przez Wykonawcę Martina nie uwzględnia rzeczywistych danych ekonomicznych o warunkach wykonania zamówienia i tym samym nie wykazuje wiarygodnego i sprawdzalnego

ekonomicznie związku przyczyno - skutkowego miedzy zaoferowaną ceną, a szczególnymi warunkami wykonania zamówienia.

Wykonawca Martina oświadczył, że w kalkulacji ceny ofertowej uwzględnił wszystkie wymagania SIWZ oraz koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Ponadto, w wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny, w pkt. III. 3 oraz z tabeli (poz. 7) Wykonawca Martina wskazał, że nie założył kosztów niezbędnego zakupu sprzętu i tym samym kosztów amortyzacji. Wykonawca Martina oświadczył, że dysponuje takim sprzętem. Na dowód powyższego, ww. Wykonawca załączył tabelę środków trwałych. Odwołujący podniósł, że oświadczenia Wykonawcy Martina nie znajdują potwierdzenia w dowodach przedstawionych wraz z wyjaśnieniami kalkulacji ceny, gdyż w z przedstawionych tabel środków trwałych wynika, że nie cały sprzęt jest zamortyzowany. Pozycje 1077 i poz. 1081 zawierają informacje, że łączna wartość pozostająca do zamortyzowana wynosi 12.195,90 zł (datą wydruku dokumentu jest 12.04.2015 r.). Ponadto w wyjaśnieniach kalkulacji cenowej Wykonawca Martina nie wykazał, że w cenie oferty uwzględnił wymagane zgodnie z SIWZ koszty doposażenia. Tymczasem Zamawiający, zgodnie z SIWZ, wymaga doposażenia na swój koszt wynajętych pomieszczeń w zakresie niezbędnym do zgodnego z przepisami sanitarnymi: magazynowania surowców, przygotowania poszczególnych składników posiłków, ich serwowania pacjentom zarówno w restauracji, jak i przy łóżku pacjenta, dystrybucji posiłków i naczyń, przewozu i przechowywania odpadów pokonsumpcyjnych,

mycia naczyń i sprzętu używanego do przygotowania posiłków, pomieszczeń socjalnych dla personelu, utrzymania w czystości pomieszczeń, zapewnienia obrusów (w restauracji), a także obsługi biurowej prowadzonej działalności. Wyposażeniem należy objąć wszystkie wynajęte pomieszczenia Bloku Żywieniowego (projekt umowy - § 2 pkt 5.1, SIWZ - pkt. 3.1.b, SIWZ - 3.2.8) oraz doposażenia w: zlewy i baseny, obrusy, tace termoizolacyjne 20 szt. wraz z zastawą stołową, wózki bemarowe z możliwością podłączenia do źródła prądu, GN (jako wyposażenie wózków bemarowych), zastawy stołowe, wózki platformowe, podgrzewacze do talerzy, porcjometry, urządzenie do mycia wózków pod ciśnieniem, zastawa stołowa, drobny sprzęt, talerze, kubki, sztućce ze stali nierdzewnej, lodówki na próbki, odzież ochronna dla pracowników, 6 szt. nowych kuchenek mikrofalowych na każdy oddział.
Odwołujący wskazał, że przedłożona przez Wykonawcę Martina enumeratywna lista nie zawiera żadnego z wyżej wymienionych obligatoryjnie wymaganych przez Zamawiającego pozycji. Sam Wykonawca Martina wskazał w wyjaśnieniach że „w kalkulacji Wykonawca założył brak wydatków (kosztów) na zakup sprzętu niezbędnego do realizacji umowy, tudzież brak kosztów - amortyzacji, ponieważ Wykonawca dysponuje tym sprzętem.”

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Martina nie wskazał również, iż posiada minimum sprzętowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, którego Zamawiający nie wymienił w liście do dzierżawy. Wykonawca Martina nie wykazał, że dysponuje patelnią elektryczną, maszynką do mięsa, szatkownicą do warzyw, obieraczką — od obierania warzyw, mikserem planetarnym - niezbędnym do wyrobu ciast, mieszania równych potraw, kasą fiskalną - niezbędną do ewidencjonowania sprzedaży dla klientów zewnętrznych, ponadto drobnym sprzętem, jak cedzaki, ubijaczki, sztućce do smażenia, łyżki, chochle itd.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Martina nie wykazał również, że w cenie usługi uwzględnił: koszty badań na czystość mikrobiologiczną urządzeń, sprzętów i powierzchni mających kontakt z żywnością oraz rąk personelu, koszty na wdrożenie systemu ISO (a zdaniem Odwołującego koszty szkoleń oraz samej akredytacji to ok. 8,5 tys. zł).
Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że cena oferty Wykonawcy Martina nie obejmuje wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia i jako taka jest nierealna i rażąco niska. Wykonawca Martina w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji nie przedstawił wyjaśnień i dowodów, które potwierdzają, że cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Ponadto informacje podane w wyjaśnieniach są między sobą sprzeczne.

Zdaniem Odwołującego, zważywszy na fakt, że Wykonawca Martina nie wykazał w wyjaśnieniach spełniania żadnej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nie powołał się na inny obiektywny czynnik, mający wpływ na wysokość ceny oferty, a ponadto nie przedstawił wiarygodnej, szczegółowej kalkulacji ceny oferty, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Martina na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sama kalkulacja ceny - rozbicie ceny ofertowej na poszczególne składniki - nie może wyjaśniać wysokości zaoferowanej ceny, gdyż każdą wartość można rozbić na mniejsze wartości.
Z uwagi na powyższe, Odwołujący wskazał również, że Wykonawca Martina, kalkulując cenę ofertową poniżej kosztów wykonania usługi, tj. składając ofertę z ceną rażąco niską, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym oferta Wykonawcy Martina powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowana przez Wykonawcę Martina cena za realizację zamówienia, która zdaniem Odwołującego jest rażąco niska, stanowi zarazem sprzedaż

usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że

przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Martina nie odpowiada SIWZ, gdyż Wykonawca Martina nie zaoferował - wbrew postanowieniom SIWZ - doposażenia, o którym mowa w § 2 pkt 5.1 projektu umowy, pkt. 3.1.b i 3.2.8 SIWZ. Przedstawione przez Wykonawcę Martina wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wskazują, że ww. koszty doposażenia nie zostały ujęte w kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym Odwołujący uznał, że ww. wykonawca ukształtował treść swojego zobowiązania ofertowego niezgodnie z wymogami SIWZ, gdyż wymogiem Zamawiającego, ujawnionym w treści SIWZ było, aby wykonawca zapewnił ww. doposażenie. Oferta Wykonawcy Martina ww. doposażenia nie zapewnia, stąd też zdaniem Odwołującego oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią z SIWZ.

KIO 1163/15

Odwołujący Food Investment S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1, a także w art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zdaniem Odwołującego, naruszenia te polegały na naruszeniu art. 89 ust, 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającym na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Martina oraz Impel Catering "Company" Sp. z o.o. Sp. K., w sytuacji, gdy zawierały one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem ww. ofert; naruszeniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającym na zaniechaniu odrzucenia ofert Wykonawcy Martina oraz Impel Catering "Company" Sp. z o.o. Sp. K. w sytuacji, gdy oba podmioty nie udowodniły, iż zaoferowane ceny nie są rażąco niskie, co powinno skutkować odrzuceniem ww. ofert.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Martina oraz Wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. sp. k., złożyli oferty zawierające cenę rażąco niską, a ponadto nie złożyli wyjaśnień jednoznacznie wskazujących na złożenie ofert z ceną realistyczną, z tego względu w opinii Odwołującego obie oferty winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Wykonawcy Martina i odrzucenie oferty Wykonawcy Impel Catering Sp. z o.o. sp. k., o uznanie złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej.

Wyrokiem z dnia 15 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 907/15), Izba nakazała Zamawiającemu uchylenie klauzuli tajności i udostępnienie dokumentów złożonych przez wykonawców: Wykonawcę Martina oraz Wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. zawierających wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego, żaden z wykonawców nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.
Szczegółowa analiza przedstawionych przez Wykonawcę Martina oraz Wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. wyliczeń wykazała, iż oba podmioty poniosą stratę na działalności będącej właściwym przedmiotem zamówienia, co w myśl obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne i - w świetle orzecznictwa - świadczy o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej: Wykonawca Martina wykazał w swojej kalkulacji, iż strata z tytułu świadczenia usług żywienia dla pacjentów szpitala wyniesie średniomiesięcznie 8.772 zł, zaś Wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. wykazał, że poniesie średniomiesięczną stratę z tego tytułu w wysokości około 10.467 zł. Zdaniem Odwołującego, już ten fakt powinien spowodować odrzucenie obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podkreślił, iż powyższe wyliczenia, wykazujące stratę na działalności będącej przedmiotem postępowania, zostały sporządzone w oparciu informacje na temat średniego poziomu poszczególnych kosztów przekazane przez Zamawiającego oraz o kalkulację kosztów działalności związanej ze świadczeniem usług na rzecz Zamawiającego, przygotowaną przez dotychczasowego operatora - ZUG L. i zaakceptowaną, jako prawidłową, przez KIO na rozprawie o sygnaturze 907/15 w przedmiotowej sprawie w dniu 15 maja 2015 r. W swoich wyliczeniach oba podmioty wykazują rentowność przedsięwzięcia, wyłącznie dzięki przyjęciu założenia, że pozostała, komercyjna działalność, przyniesie zyski na tyle duże, iż pokryją straty z działalności będącej przedmiotem postępowania.

Odwołujący argumentował, że przedmiotem postępowania jest żywienie pacjentów Szpitala, nie zaś prowadzenie komercyjnej działalności gastronomicznej. Kalkulowanie w cenie oferty hipotetycznych i niepotwierdzonych zysków z działalności komercyjnej jest nieuzasadnione i niedopuszczalne. Możliwość uwzględnienia w kalkulacji przychodów z działalności komercyjnej została podniesiona w wyroku KIO z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 500/15), dotyczącym przedmiotowego postępowania. KIO wskazała w nim, iż bez urealnienia i udowodnienia prawidłowości zakładanych szacunków, nie jest możliwe wykazanie, iż ewentualne przychody pokryją straty z tytułu świadczonej usługi. Odwołujący podniósł, że żaden z podmiotów przyjmując w kalkulacji dodatkowe dochody z działalności komercyjnej w najmniejszym stopniu nie uprawdopodobnił ich realności. Przedłożone przez obu wykonawców wyliczenia zysków opierają się o niemiarodajne i nieobiektywne metody, wskazując na zdarzenia przyszłe i niepewne: Wykonawca Impel Catering sp. z o.o. sp. k. sporządził miesięczny szacunek liczby klientów komercyjnych w oparciu o liczbę paragonów

fiskalnych zebranych w ciągu jednej godziny pory obiadowej. Nieznane są żadne metody badawcze, które pozwoliłyby na oszacowanie przychodów dziennych, ani miesięcznych, które opierałyby się na sprzedaży w ciągu jednej godziny w środku losowo wybranego dnia. Odwołujący podniósł, że działalność komercyjna obejmuje również przychody ze sprzedaży śniadań i kolacji, a zastosowana przez Wykonawcę Impel Catering sp. z o.o. sp.k. metoda w żaden sposób się do tego nie odnosi. Wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. przyjął przychód z Cafe Bar Patio w wysokości 3.000 zł, nie przedstawiając w tym zakresie w ogóle żadnej kalkulacji, jak również nie uwzględnił kosztów zużycia energii elektrycznej dla tego obiektu. Świadczy to jednoznacznie o braku jakiejkolwiek realności przyjętych wyliczeń.

W przypadku Wykonawcy Martina, szacunek sporządzono w oparciu o trwający siedem dni pomiar, gdzie nie wiadomo, czy był to pomiar ciągły, czy dotyczył losowych dni, jak został przeprowadzony, tj. czy dotyczył liczby klientów (np. również tych, którzy kupowali tylko herbatę lub kawę), czy sprzedanych posiłków. Brak wyjaśnień w tym zakresie, a także nie przedstawienie miarodajności zastosowanych metod badawczych, w ocenie Odwołującego powodowało konieczność nie uwzględnienia kalkulacji. Metody zastosowane przez wykonawców nie dają żadnego realnego przełożenia na prognozy zysków.

Odwołujący podniósł, że z informacji uzyskanych przez niego od Zakładu Usług Gastronomicznych W. L. (wykonawcy obecnie świadczącego usługę żywienia pacjentów Zamawiającego) wynika jednoznacznie, iż w dniach 27 oraz 28 maja (środa i czwartek) 2015 r., dzienny przychód netto wyniósł odpowiednio: 1.024,07 zł oraz 1.312,04 zł przy ilości paragonów (liczbie żywionych) odpowiednio: 48 oraz 54. Z kalkulacji przedłożonej przez Wykonawcę Martina oraz Wykonawcę Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. wynika, iż średni dzienny przychód netto wyniesie odpowiednio: 5.631,39 zł oraz 2.555,60 zł, a miesięczna ilość paragonów (żywionych) wyniesie odpowiednio: 404 oraz 150. Porównanie wielkości rzeczywistych z szacunkami Martina Catering Sp. z o.o. oraz Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. jednoznacznie wskazuje, że przyjęte przez te podmioty założenia odbiegają od rzeczywistości. Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. założył przychód dzienny ponad dwukrotnie wyższy niż realny, a liczbę żywionych niemal trzykrotnie większą niż występuje w rzeczywistości. Szacunki Martina Catering Sp. z o.o. wskazują na jeszcze większe rozbieżności w stosunku do stanu faktycznego, gdyż zakładany przychód dzienny jest niemal pięciokrotnie wyższy niż przychód realny, a szacowana liczba żywionych jest niemal ośmiokrotnie wyższa niż w rzeczywistości.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, w sposób jednoznaczny wskazuje na nierzetelność przyjętych do kalkulacji przez obu wykonawców wartości. To z kolei - w myśl powołanego

orzeczenia z dnia 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 500/15) uniemożliwia powołanie się na przyszłe zyski przy kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący podniósł także fakt, iż dotychczasowy wykonawca świadczący usługi na rzecz Zamawiającego, składając ofertę w niniejszym postępowaniu nie uwzględnił w niej w ogóle dochodów z działalności komercyjnej na terenie szpitala, a tylko on dysponował

rzeczywistymi danymi w tym zakresie. W opinii Odwołującego, świadczy to jednoznacznie o niezasadności zakładania zysków z prowadzenia placówek komercyjnych na terenie Szpitala. Odwołujący podkreślił, że cena zaoferowana przez ZUG W. L. była jedną z najwyższych w tym postępowaniu, co może jednoznacznie wskazywać na fakt, iż działalność komercyjna nie tylko nie przynosi zysków, ale może generować straty, które przystępujący ZUG W. L. zamierzał pokryć wyższą ceną zaoferowaną Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia są tak ogólnikowe, nieprecyzyjne i oderwane od realiów rynkowych, iż nie mogą w żaden sposób zostać uznane za wystarczające do udowodnienia, iż przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W złożonych wyjaśnieniach żaden z wykonawców nie tylko nie uprawdopodobnił rzetelności przedłożonych kalkulacji, ale nie podał żadnych konkretnych, obiektywnych czynników, które mogłyby mieć wpływ na obniżenie kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia.
Zdaniem Odwołującego, żaden z wykonawców nie udowodnił w sposób nie budzący wątpliwości, iż zaoferowane ceny zostały skalkulowane na poziome rynkowym i nie są rażąco niskie, a wręcz przeciwnie, wykazali w sposób jednoznaczny, że przy oferowanych cenach poniosą straty z działalności będącej przedmiotem zamówienia. Obaj wykonawcy poza tym, że wymienili czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę to ani ich nie wyjaśnili, ani nie opisali, ani nie przedstawili na okoliczność ich wystąpienia żadnych dowodów - czyli nie skonkretyzowali obiektywnych czynników, zgodnie z wymogiem art.90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Są wykonawcami, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych w odwołaniu zarzutów, każdy z nich miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca jest zatem zobowiązany złożyć wyjaśnienia i dowody, które wykażą Zamawiającemu, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. W postępowaniu odwoławczym, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest czynność Zamawiającego polegająca na ocenie wyjaśnień Wykonawcy, a także ustalenie, czy Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zatem to wyjaśnienia przedłożone Zamawiającemu są przedmiotem rozważań Izby, bowiem to czynność Zamawiającego polegająca na ocenie wyjaśnień podlega zaskarżeniu.
W ocenie Izby, Wykonawca Martina i Wykonawca Impel Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k. nie podołali obowiązkowi udowodnienia, że cena zawarta w ich ofertach nie jest rażąco niska.
Z treści SIWZ wynikało, że przedmiot zamówienia obejmuje, obok usługi żywienia pacjentów szpitala, także prowadzenie działalności gospodarczej na terenie szpitala w postaci produkcji wyrobów garmażeryjnych oraz dań barowych i ich sprzedaż w Cafe Bar Patio, przygotowywania potraw dla konsumenta zewnętrznego w restauracji Fantazja. Zatem Zamawiający w treści SIWZ przyjął, że ww. usługi są czynnikiem cenotwórczym. W wyroku sygn. akt KIO 500/15 Izba wskazała, że bez urealnienia i udowodnienia prawidłowości zakładanych szacunków, nie jest możliwe wykazanie, iż ewentualne przychody pokryją straty z tytułu świadczonej usługi. W ocenie Izby, Wykonawca, który przewiduje poniesienie straty

na podstawowym zadaniu wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia, jakim jest żywienie pacjentów szpitala, musi udowodnić, że będzie uzyskiwał takie przychody z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w dwóch punktach: restauracja Fantazja i Bar Cafe Patio, które co najmniej pozwolą mu w zupełności pokryć tę stratę. Zatem na wykonawcach spoczywał obowiązek wykazania, że szacując cenę opierali się na założeniach, które znajdują potwierdzenie w rzeczywistości. Należy zauważyć, że ani Wykonawca Martina, ani Wykonawca Impel Catering „Company" Sp. z o.o. sp. k., nie udowodnili Zamawiającemu, (a więc na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu) że uzyskają przychody, które

pozwolą im pokryć stratę z tytułu prowadzonej działalności w zakresie żywienia pacjentów szpitala.
W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Martina są ogólne (jak chociażby stwierdzenie: „kalkulacja cenowa przygotowana została na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia"). Nadto, potwierdzają, że Wykonawca ten nie wykazał dysponowania wymaganym przez Zamawiającego sprzętem, co oznacza, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ. Do wyjaśnień załączono dokumenty, z których wynika, że Wykonawca dysponuje jedynie częścią wymaganego przez Zamawiającego asortymentu. Nie przewiduje wydatków na zakup sprzętu niezbędnego do realizacji umowy, co także potwierdza, że cena ujęta w ofercie Wykonawcy Martina nie została skalkulowana rzetelnie i nie obejmowała całego przedmiotu zamówienia.
Wykonawca Martina przedstawił także tabelę wyników pomiarów, prowadzonych w okresie 7 dni w restauracji Fantazja i Cafe Bar Patio, dotyczącą sprzedanych posiłków. Należy zauważyć, że w tabeli przedstawiono jedynie określone liczby. Wykonawca Martina nie przedstawił natomiast żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że wyszczególnione w tabeli liczby, w tym prognozowane ilości posiłków, są realne. Nie wiadomo, w jaki sposób i na jakiej podstawie Wykonawca ten dokonał pomiarów. Nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. W ocenie Izby, nie wystąpiły żadne przeszkody, aby przedstawić paragony, dokumentujące sprzedaż posiłków. Należy zauważyć, że również w trakcie rozprawy Wykonawca Martina nie przedstawił dowodów stanowiących potwierdzenie tego, co zostało przedstawione przez niego w tabeli. W ocenie Izby tabela i przedstawione w niej obliczenia może być dowodem jedynie na poprawność dokonanych w niej obliczeń. Trafnie zauważył Odwołujący Impel Catering „Company" sp. z o.o. sp. k., że sama kalkulacja ceny - rozbicie ceny ofertowej na poszczególne składniki - nie może wyjaśniać wysokości zaoferowanej ceny, gdyż każdą wartość można rozbić na mniejsze wartości. Zatem przedstawiona tabela nie jest dowodem, że dane w niej przyjęte są realne. W niniejszej sprawie to właśnie realność danych przyjętych jako założenia przychodów i kosztów jest rozstrzygająca. Dodatkowo należy zauważyć, że Wykonawca Martina nie wyjaśnił braku założenia różnic w dochodach z prowadzonej działalności gospodarczej, uwzględniających różne dni tygodnia. Wykonawca Martina, przedstawiając w kalkulacji dodatkowe dochody z działalności komercyjnej i jednocześnie nie udowadniając przyjętych danych, w najmniejszym stopniu nie uprawdopodobnił ich realności. Dlatego też Izba uznała, że brak wykazania ponad wszelką wątpliwość, że pokrycie przewidywanej straty w wysokości 8772 złote miesięcznie będzie możliwe, prowadzi do konstatacji, że Wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia nie jest rażąco niska.

Odwołujący Impel Catering „Company" Sp. z o.o. sp. k. podniósł zarzut braku odrzucenia oferty Wykonawcy Martina z uwagi na okoliczność, że złożenie oferty przez tego Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Izby, w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji nie wykazano spełniania drugiej przesłanki, czyli działalności w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba zauważa, że samo konkurowanie oferowanymi cenami jest przejawem normalnej konkurencji rynkowej między przedsiębiorcami. Odwołujący Impel Catering

„Company” sp. z o.o. sp. k. nie wykazał, aby w niniejszej sprawie wystąpiły szczególne okoliczności, pozwalające na uznanie, że zaoferowanie przez Wykonawcę Martina najniższej ceny w postępowaniu, miało na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Izba za uzasadniony uznała zarzut Wykonawcy Impel Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k., zgodnie z którym oferta Wykonawcy Martina nie odpowiada SIWZ, gdyż Wykonawca Martina nie zaoferował wbrew postanowieniom SIWZ, doposażenia, o którym mowa w projekcie umowy - § 2 pkt 5.1, SIWZ - pkt. 3.1.b, SIWZ - 3.2.8.
Wykonawca Martina w treści wyjaśnień przedstawił informację, że dysponuje wymaganym sprzętem, na dowód czego przedstawił tabelę środków trwałych. Odwołujący zauważył, że w tabeli nie zostało ujęte pełne wymagane przez Zamawiającego wyposażenie. Zamawiający wymagał, aby wyposażeniem zostały objęte wszystkie wynajęte pomieszczenia Bloku Żywieniowego (projekt umowy - § 2 pkt 5.1, SIWZ - pkt. 3.1.b, SIWZ - 3.2.8) oraz doposażenia w: zlewy i baseny, obrusy, tace termoizolacyjne 20 szt. wraz z zastawą stołową, wózki bemarowe z możliwością podłączenia do źródła prądu, GN (jako wyposażenie wózków bemarowych), zastawy stołowe, wózki platformowe, podgrzewacze do talerzy, porcjometry, urządzenie do mycia wózków pod ciśnieniem, zastawa stołowa, drobny sprzęt, talerze, kubki, sztućce ze stali nierdzewnej, lodówki na próbki, odzież ochronna dla pracowników, 6 szt. nowych kuchenek mikrofalowych na każdy oddział.
Wykonawca Martina w trakcie rozprawy przedstawił kolejną tabelę środków trwałych, w których wyszczególniona została część ww. sprzętu. Pozostała część wymaganego asortymentu została ujęta w przedstawionej w trakcie rozprawy przez Wykonawcę Martina ofercie handlowej z dnia 10 czerwca 2015 r., na łączną kwotę 14906,92 zł, obejmującej: tace termoizolacyjne 20 szt., odzież ochronną dla pracowników, wózki bemarowe z możliwością podłączenia do źródła prądu, 6 szt. nowych kuchenek mikrofalowych na każdy oddział, podgrzewacze do talerzy. Oznacza to, że doposażenie ujęte w ofercie handlowej zostanie

dopiero zakupione. Jest to sprzeczne z oświadczeniem Wykonawcy, że posiada cały asortyment i w kalkulacji założył brak wydatków (kosztów) na zakup sprzętu niezbędnego do realizacji umowy. Potwierdzeniem powyższego jest wpisana w tabeli w pozycji doposażenie w sprzęt kwota 0 zł.
Zatem załączona oferta handlowa stanowi dowód na okoliczność, że Wykonawca Martina nie posiada wymaganego wyposażenia. Z treści zaś oferty i wyjaśnień wynika, że Wykonawca ten nie zamierza ponosić wydatków na doposażenie, zakup sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. Powyższe w ocenie Izby oznacza, że Wykonawca nie wykazał dysponowania wymaganym przez Zamawiającego sprzętem, co oznacza, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.
Należy zauważyć, że niezasadny okazał się zarzut co do braku wykazania, że oferta nie obejmuje kosztów badań na czystość mikrobiologiczną urządzeń, sprzętów i powierzchni mających kontakt z żywnością oraz rąk personelu. Wg Odwołującego, pozycje te zostały ujęte w pozycji inne w tabeli kosztów. Wykonawca Martina przedstawił także fakturę na przeprowadzenie audytu nadzorującego. Pozostały zaś asortyment w postaci patelni, maszynki do mięsa, szatkownicy do warzyw, obieraczki do obierania warzyw, miksera, kasy fiskalnej drobnego sprzętu został wykazany w trakcie rozprawy w tabeli środków trwałych. Zatem w tym zakresie zarzut Odwołującego Impel co do niezgodności treści oferty Wykonawcy Martina z treścią SIWZ jest nieuzasadniony.

W ocenie Izby również wyjaśnienia Wykonawcy Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. są ogólnikowe. Stwierdzenia w postaci: „Impel zaznacza także, że posiada potencjał kadrowy, właściwą organizację pracy i szeroki park maszynowy i sprzętowy do wykonania przedmiotowych usług dla Zamawiającego.”, „długoletnie doświadczenie Impel w zakresie usług żywieniowych poparte referencjami od Kontrahentów firmy, powinno stanowić dla Zamawiającego potwierdzenie, iż zaproponowana przez nas cena została wyliczona i oszacowana z należytą starannością” są jedynie pustymi twierdzeniami, bez wykazania realnego wpływu, czy też przełożenia na zaoferowaną cenę. Należy podkreślić, że w treści wyjaśnień nie wystarczy wymienić sprzyjające okoliczności, jak np. „Osiągane korzyści skali, wynikające z bardzo szerokiego obszaru działalności cateringowej prowadzonej przez Impel w województwie kujawsko – pomorskim i w całej Polsce, pozwalają na znaczne ograniczenie kosztów w wymiarze finansowym”, lecz potrzebne jest też wykazanie, że okoliczności te

naprawdę mają bezpośrednie przełożenie na możliwość zaoferowania niskiej ceny. Ponadto Wykonawca Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w treści wyjaśnień. Nie jest zatem wiarygodne twierdzenie: „Ogromne znaczenie dla redukcji kosztów mają też wynegocjowane przez firmę kontrakty na surowce spożywcze do kuchni. Pozwala to na redukcję ceny za produkty o

ponad 20%, dzięki temu Impel jest w stanie oferować swoim kontrahentom, także w postępowaniach przetargowych, bardzo korzystne warunki cenowe.”, gdyż w tym zakresie nie przedstawiono np. jakichkolwiek umów czy ofert.
Kalkulowanie w cenie oferty hipotetycznych i niepotwierdzonych zysków z działalności komercyjnej jest nieuzasadnione i niedopuszczalne.
Należy także podkreślić, że Wykonawca Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k., przyjmując w kalkulacji dodatkowe dochody z działalności komercyjnej, w najmniejszym stopniu nie uprawdopodobnił ich realności. Obliczenie zysku opiera się o niemiarodajne i nieobiektywne metody, wskazuje na zdarzenia przyszłe i niepewne. Wykonawca ten sporządził miesięczny szacunek liczby klientów komercyjnych w oparciu o liczbę dwóch paragonów zebranych w ciągu jednej godziny pory obiadowej. Trafnie zauważył Odwołujący Wykonawca Martina, że nie znane są żadne metody badawcze, które pozwoliłyby na oszacowanie przychodów dziennych, ani miesięcznych, które opierałyby się na sprzedaży w ciągu jednej godziny w środku losowo wybranego dnia.
Zatem Wykonawca Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. nie tylko nie uprawdopodobnił rzetelności przedłożonych kalkulacji, ale nie podał żadnych konkretnych, obiektywnych czynników, które mogłyby mieć wpływ na obniżenie kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Udzielone wyjaśnienia nie odnoszą się do żadnych konkretnych przesłanek, dzięki którym Wykonawca ten mógł obniżyć cenę złożonej oferty i rzetelnie zrealizować umowę. W treści wyjaśnień przede wszystkim nie przedstawiono dowodów na poparcie przedstawionych twierdzeń.
Wykonawca Impel Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k. przedstawił w treści złożonych wyjaśnień tabelę i załączył dwa paragony. Paragony te nie stanowią w tym przypadku dowodu na jakąkolwiek okoliczność. Z całą pewnością dwa paragony przedstawione w treści wyjaśnień nie potwierdzają, że pokryta zostanie przewidziana przez Wykonawcę strata na zadaniu dotyczącym żywienia pacjentów szpitala. Paragony te, w ocenie Izby, nie dowodzą w żaden sposób realności przyjętych przez Wykonawcę Impel Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k. szacunków w tabeli. Ponownie Izba zauważa, że to na etapie składanych Zamawiającemu wyjaśnień, Wykonawca Impel Catering Sp. z o.o. sp. k. powinien był przedstawić dowody na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Bowiem to wyjaśnienia przedłożone Zamawiającemu są przedmiotem rozważań Izby. Treść wyjaśnień powinna potwierdzać, że Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną kwotę. Treść wyjaśnień, a w szczególności wyliczeń wskazuje, że Wykonawca ten przewiduje stratę przy realizacji podstawowego zadania polegającego na żywieniu pacjentów szpitala. W żaden sposób natomiast Wykonawca nie udowodnił, że pokrycie tej straty jest możliwe. W tym miejscu Izba ponownie wskazuje na orzeczenie o sygn. akt KIO 500/15, z którego wynika, że bez urealnienia i udowodnienia prawidłowości zakładanych szacunków

nie jest możliwe wykazanie, iż ewentualne przychody pokryją straty z tytułu świadczonej usługi. Oznacza to, że Wykonawca miał świadomość, że zakładając ponoszenie straty, powinien udowodnić, że tę stratę pokryje. Tymczasem przedłożone przez obu Wykonawców wyliczenia zysków, opierają się o nieznane i nieudowodnione metody, wskazują na zdarzenia przyszłe i niepewne, również nie udowodnione.
Należy także podkreślić, że wbrew twierdzeniu Wykonawcy Impel Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k., ciężar udowodnienia, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska, spoczywa na Wykonawcy, który taką cenę zaoferował. Wynika to z art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, co oznacza w tym przypadku, że obowiązkiem Wykonawcy Impel Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k. było przedstawić dowody na okoliczność braku rażąco niskiej ceny w jego ofercie.
Należy także zauważyć, że przedstawione w trakcie rozprawy przez Wykonawcę Impel

Catering „Company” Sp. z o.o. sp. k. paragony są spóźnione. Zamawiający nie miał możliwości zapoznać się z treścią tego materiału dowodowego, a jak wskazano powyżej, ocenie Izby podlega czynność Zamawiającego podjęta na podstawie przedstawionego w treści wyjaśnień materiału dowodowego.
Nadto przedstawione jako dowód paragony nie są miarodajne. Jak wskazał Wykonawca Martina, numery zawarte w treści paragonów nie muszą wskazywać na rzeczywistą ilość sprzedanych w danym dniu posiłków. Dlatego też posługiwanie się samymi numerami paragonów nie jest miarodajne dla ustalenia, jaka ilość posiłków została sprzedana w danym punkcie gastronomicznym. Tym samym przedstawienie jako dowodów jedynie wybranych przykładowo paragonów i powołanie się na ich numery nie dowodzi, jaka ilość posiłków faktycznie została w danym dniu sprzedana. Należy podkreślić, że przedstawiony przez Odwołującego Food Investment wydruk z kasy fiskalnej wskazywał na znacznie niższy przychód z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w restauracji, co oznacza, że założenia Wykonawcy Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. są zawyżone.

W ocenie Izby, istotne znaczenie ma także okoliczność, że wykonawca dotychczas prowadzący działalność gastronomiczną w szpitalu, złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a kalkulacja ceny w jego ofercie nie zakładała pokrycia straty na działalności związanej z serwowaniem posiłków pacjentom szpitala, przychodami uzyskanymi z działalności, polegającej na komercyjnej sprzedaży posiłków. Jest to okoliczność, która w ocenie Izby potwierdza, że nieuzasadnione są założenia, przewidujące wysoki zysk z działalności komercyjnej, który pozwalałby na pokrycie straty, związanej z podstawową działalnością wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……